

Nachschlagewerk: ja)
BGHZ: ja) nur zu C II, 2

2041 085

VOB B § 13 Nr. 5; BGB §§ 639, 478

Auch der verjährte Mängelbeseitigungsanspruch (Nachbesserungsanspruch) nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) gibt dem Auftraggeber bei rechtzeitiger Mängelanzeige gemäß §§ 639, 478 BGB ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) gegenüber der Werklohnforderung des Auftragnehmers.

BGH, Urt.v. 15. Dezember 1969 - VII ZR 148/67-OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 148/67

URTEIL

Verkündet am
15. Dezember 1969
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) des Rechtsanwalts Dr. Friedrich G [REDACTED],
M [REDACTED], G [REDACTED] str. [REDACTED],
- 2) des Kaufmanns Adolf K [REDACTED], B [REDACTED] bei
D [REDACTED], Am F [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten,
Revisionskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Christian R [REDACTED], offene Handelsge-
sellschaft, vertreten durch die Geschäftsführer Ernst
R [REDACTED], Adolf R [REDACTED] jun., Hermann R [REDACTED] und Johannes
R [REDACTED], R [REDACTED], R [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Schmidt

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 21. Juli 1967 aufgehoben, soweit:
 - a) die Klage in Höhe von 17.930,50 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 3. Januar 1962 abgewiesen worden ist,
 - b) die Verurteilung der Beklagten ohne Rücksicht auf das von ihnen geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht (wegen angeblich mangelhafter und unvollständiger Bauausführung) erfolgt ist.
2. In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
3. Im übrigen werden beide Revisionen zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Auf Grund Vertrages der Parteien vom 1. Februar 1957 baute die Klägerin für die Beklagten von 1957 bis 1958 19 Häuser mit 108 Wohnungen auf dem Grundstück der Beklagten in R [REDACTED]-L [REDACTED], am Kranen. Die Arbeiten wurden teils von der Klägerin selbst, teils von anderen Unternehmern ausgeführt, an welche die Klägerin, gemäß ihrem Vertrag mit den Beklagten, die Arbeiten "treuhänderisch im Namen und für Rechnung der Beklagten vermittelt" hatte. Als Bauträgersgesellschaft war für die Beklagten die "Gemeinnützige Wohnungsaktiengesellschaft Remscheid" (Gewag) tätig.

Der Vertrag der Parteien sieht die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) vor, wobei jedoch streitig ist, ob das auch für die Verjährungsfristen gilt.

In dem Vertrage "gewährleistet" die Klägerin, "daß die eigenen Leistungen und die vermittelten Aufträge und Leistungen für die Gegenstände dieses Vertrages den Gesamtbetrag von 2.120.000 DM nicht überschreiten". Nicht eingeschlossen in diese Gewährleistungssumme sind u.a. "Bauzwischenkreditzinsen, mit Ausnahme der Kosten für die Zwischenfinanzierung der 1. Hypothek", welche die Klägerin übernimmt.

Für etwaige Preis- und Lohnerhöhungen übernimmt die Klägerin im Vertrage ebenfalls keine Gewährleistung. Hierzu heißt es dort: "Die von Ihnen (Klägerin) nachzuweisende tatsächliche Höhe dieser Preis- und

Lohnerhöhungen ohne jeden Gewinn bleibt außerhalb der Gewährleistungssumme. Preisliche Einsparungen werden den Bauherren (Beklagten) gutgebracht."

Die Beklagten versichern im Vertrage, daß "die Gesamtfinanzierung auf Grund der Gewährleistungssumme gesichert" sei, bis auf 50.000 DM, welche die Klägerin den Beklagten auf 3 Jahre nach Fertigstellung zinslos stundet. Die Klägerin "gewährleistet" einen Fertigstellungstermin zu Ende 1957.

Die Häuser wurden in der Zeit zwischen Ende 1957 und September 1958 nach und nach fertig und bezogen. In ihrer Schlußrechnung vom 3. August 1959 forderte die Klägerin von den Beklagten, über die Gewährleistungssumme von 2.120.000 DM hinaus weitere 115.375,71 DM, davon 74.941 DM für Lohnerhöhungen und 24.600,61 DM für Mehrkosten der Zwischenfinanzierung der ersten Hypothek. Die Beklagten lehnten die Mehrforderung ab.

Mit der Klage hat die Klägerin von den Beklagten in erster Instanz 115.375,71 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. November 1959 gefordert. Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Sie haben mit Gegenansprüchen u.a. wegen Mängel aufgerechnet und ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Die Klägerin hat sich demgegenüber auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat der Klage nur in Höhe von 33.706,87 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 3. Januar 1962 stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Hiergegen haben die Beklagten Berufung eingelegt mit dem Ziele

vollständiger Klageabweisung. Die Klägerin hat Anschlußberufung eingelegt mit dem Antrag, die Beklagten (über die vom Landgericht zuerkannten 33.706,87 DM hinaus) zur Zahlung weiterer 53.154,41 DM sowie zur Zinszahlung schon ab 1. November 1959 zu verurteilen.

Das Oberlandesgericht hat, unter Abweisung der Mehrforderung, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 33.900,81 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 3. Januar 1962 verurteilt.

Hiergegen richten sich die Revisionen beider Parteien. Die Klägerin erstrebt die Verurteilung der Beklagten in demselben Umfange, wie im Berufungsrechtszug von ihr beantragt. Die Beklagten verfolgen ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Jede Partei beantragt, die Revision der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

In der Revisionsinstanz sind noch folgende Forderungen der Klägerin im Streit:

a) Lohnerhöhungskosten	62.260,67 DM
b) Zwischenfinanzierungskosten	<u>24.600,61 DM</u>
zusammen:	86.861,28 DM.

A. Lohnerhöhungskosten:

I. Revision der Beklagten (33.900,81 DM):

Das Berufungsgericht hat - in Anlehnung an das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen B [REDACTED] - der Klägerin für die von ihr selbst ausgeführten Arbeiten Lohnmehrkosten zuerkannt, und zwar:

a) wegen der Lohnerhöhung von 10 % am 1. April 1957:

aa) Lohnmehrkosten im Jahre 1957:	16.405,92 DM
bb) Lohnmehrkosten im Jahre 1958:	7.094,65 DM
cc) Lohnnebenkosten (40 % der Summe aus aa) und bb):	9.400,24 DM

b) wegen der Lohnerhöhung von 2,6 % im Januar 1958 (soweit der Klägerin von den Beklagten mit Schreiben vom 19. Februar 1957 gestattet war, 4 Häuser und die Außenanlagen erst 1958 fertigzustellen):

1.000,-- DM

zusammen: 33.900,81 DM.

1. Das Berufungsgericht führt aus: Es könne nicht festgestellt werden, daß die 10 %ige Lohnerhöhung vom 1. April 1957 von den Parteien bei der Vereinbarung der gewährleisteten Summe von 2.120.000 DM bereits berücksichtigt worden wäre. Die Vertragsbestimmung erfasse ihrem Wortlaut nach alle Lohnerhöhungen, die nach Abschluß des Vertrages eingetreten seien. Auch wenn schon vor Abschluß des Bauvertrages Verhandlungen der Tarifpartner im Gange und den Parteien bekannt gewesen seien, so folge daraus noch nicht, daß die zu erwartende Lohn-

erhöhung bei der Vereinbarung der Gewährleistungssumme bereits berücksichtigt worden sei.

Die Revision verkennt nicht, daß das Berufungsgericht mit diesen Ausführungen eine mögliche Auslegung des Individualvertrages der Parteien getroffen hat. Sie rügt aber, das Berufungsgericht habe wichtiges Auslegungsmaterial übersehen (§ 286 ZPO). Die Rüge ist nicht begründet.

Zu Unrecht beruft sich die Revision auf § 15 VOB (A). Die Vorschrift besagt, daß dann, wenn wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind, deren Eintritt oder Ausmaß ungewiß ist, eine angemessene Änderung der Vergütung in den Verdingungsunterlagen vorgesehen werden kann. Die Revision meint, diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben, weil das Ausmaß der Lohnerhöhung von mindestens 10 % bei Vertragsschluß bereits sicher zu erwarten gewesen sei.

Durch die genannte Vorschrift waren die Parteien aber nicht gehindert, eine abweichende vertragliche Regelung zu treffen, was sie nach der Vertragsauslegung des Berufungsgerichts auch getan haben.

2. Das Berufungsgericht sieht in der vertraglichen "Gewährleistungssumme" von 2.120.000 DM keinen "Höchstpreis", sondern einen "Pauschalpreis". Dafür spreche der Ablauf der Vertragsverhandlungen, wie ihn die Klägerin in ihrem Schreiben vom 15. März 1960 unwidersprochen geschildert und den auch der Sachverständige B [REDACTED] in seinem Gutachten dargelegt habe.

Es komme hinzu, daß die Beklagten selbst das Schreiben der Gewag vom 24. März 1960 zu den Akten gereicht hätten, in dem es heißt: "Herr Kessel hat nicht die Absicht, die feststehende Vertragssumme in Höhe von 2.120.000 DM zu bestreiten." Auch hätten die Beklagten den vereinbarten Betrag von 2.120.000 DM bis auf einen unbedeutenden unstreitigen Betrag von 723,10 DM bezahlt, ohne ein Aufmaß und eine Einzelabrechnung zu verlangen.

Auch in diesen Ausführungen des Berufungsgerichts liegt eine rechtsfehlerfreie Vertragsauslegung.

3. Legt man die rechtsfehlerfreie Feststellung des Berufungsgerichts zu Grunde, daß die Gewährleistungssumme kein "Höchstpreis", sondern ein "Pauschalpreis" war, so folgt daraus, daß die Beklagte diesen Pauschalpreis fordern kann, ohne im einzelnen belegen zu müssen, daß ihr und den anderen Unternehmern durch die Bauausführung Aufwendungen (zuzüglich Gewinnspanne) in dieser Höhe entstanden sind. Die Annahme der Revision, die Klägerin müsse nachweisen, daß ihr ohne die Mehrlohnkosten Baukosten in Höhe von 2.120.000 DM entstanden seien, geht fehl. Sie ist mit der rechtsfehlerfreien Vertragsauslegung des Berufungsgerichts nicht zu vereinbaren.

4. a) Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht nach § 287 Abs. 2 ZPO verfahren ist. Sie vermißt einen genauen Nachweis der tatsächlich entstandenen Mehrkosten.

Das Berufungsgericht mußte jedoch nach dem Gutachten Baumann davon ausgehen, daß genauere Feststellungen nicht möglich sind. Dann aber ergibt sich die Anwendbarkeit des § 287 Abs. 2 ZPO, und zwar auch ohne die in dieser Vorschrift an sich vorgesehene Abwägung zwischen den Schwierigkeiten - hier nicht möglicher - vollständiger Aufklärung und der Bedeutung der strittigen Forderung (vgl. die Urteile des Senats VII ZR 289/64 vom 13. April 1967; und VII ZR 32/60 vom 29. Juni 1961 = JR 1961, 500; Stein-Jonas ZPO, 19. Aufl. § 287, II 2).

b) Das gilt auch für die Lohnnebenkosten, welche das Berufungsgericht, auch insoweit dem Sachverständigen B. folgend, mit 40 % der Lohnkosten angenommen hat. Dagegen, daß sich das Berufungsgericht auf den Sachverständigen stützt, bestehen keine rechtlichen Bedenken; der Sachverständige hat in diesem Punkt nämlich nicht nur fremdes Wissen weitergegeben, sondern auch eigene Berufserfahrung verwendet.

5. Eine - von der Revision geltend gemachte - vertragliche Einschränkung des Leistungsumfanges und dadurch bedingte Preiseinsparung liegt nicht vor, da die Beklagten die Ausführung der nach ihrer Behauptung unterbliebenen Arbeiten fordern und daraus gegenüber der Klage die Einrede des nichterfüllten Vertrags herleiten (vgl. unten zu C II 3).

II. Revision der Klägerin (28.359,66 DM):

1. Lohnmehrkosten für die von anderen Handwerkern ausgeführten Arbeiten (12.807,50 DM):

Das Berufungsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Es führt aus, es fehle an einem hinreichenden Vortrag von Tatsachen, auf deren Grundlage die tatsächlichen Lohnmehrkosten gemäß § 287 Abs. 2 ZPO ermittelt werden könnten. Welche höheren Lohnbeträge die jeweiligen Handwerker im einzelnen tatsächlich gezahlt hätten, habe die Klägerin nicht vorgetragen. Sie habe vielmehr, von den einzelnen Handwerkerrechnungen und damit von den von ihr gezahlten Rechnungsbeträgen ausgehend, im Wege der Rückrechnung unter Ansatz von Prozentsätzen zunächst die in den Rechnungen enthaltenen Lohnsummen und dann daraus die Erhöhungsbeträge errechnet. Das sei auch im Hinblick auf § 287 Abs. 2 ZPO keine hinreichende Bemessungsgrundlage. Im Gegensatz zu den Darlegungen hinsichtlich der von ihr selbst geleisteten Arbeiten und gezahlten Löhnen fehle es hier entscheidend an der Darlegung und dem Nachweis der von den anderen Handwerkern effektiv geleisteten Arbeitsstunden und tatsächlich gezahlten reinen Löhne ohne jeden Gewinn. Das treffe auch für solche Rechnungen zu, die nur Lohnarbeiten beträfen. Denn diese Rechnungsbeträge stellten den Bruttolohn dar, also einschließlich Unkosten und Gewinn. Da somit die von den Handwerkern geleisteten Lohnstunden und die reinen Lohnbeträge (anders als bei den von der Klägerin selbst ausgeführten Arbeiten) nicht festständen, so fehle es für die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO an den geeigneten Grundlagen für die Ermittlung des Mehraufwandes hinsichtlich der Fremdleistungen.

a) Die Revision greift diese Ausführungen mit Erfolg an. Das Berufungsgericht durfte auf Grund der gegebenen Prozeßlage die Klägerin noch nicht als beweisfällig behandeln.

aa) Es mußte zunächst nach § 286 ZPO die Beweis-
antritte der Klägerin ausschöpfen, welche Zeugen- und
Sachverständigenbeweis angeboten hatte. Es durfte
sich nicht auf den Standpunkt stellen, die Beweis-
aufnahme werde unergiebig sein, weil das auf eine
unzulässige Vorabwürdigung der Beweise hinausläuft.
Das Berufungsgericht muß daher die Beweisaufnahme
nachholen.

bb) Sollte das Ergebnis der Beweisaufnahme zu
einem Nachweis gemäß § 286 ZPO nach der Überzeugung
des Berufungsgerichts nicht ausreichen, so wird es
zu prüfen haben, ob dann nicht wenigstens eine
Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO möglich ist. Das
kommt in Betracht, soweit es Erfahrungssätze darüber
gibt, wie hoch bei bestimmten Bauarbeiten jeweils
der prozentuale Lohnanteil ist. An Hand solcher Er-
fahrungssätze, in Verbindung mit der von der Klägerin
vorgelegten Aufstellung, wird gegebenenfalls eine
Schätzung möglich sein, inwieweit sich die Lohner-
höhung mindestens auf die von den anderen Handwerkern
ausgeführten Arbeiten verteuernd ausgewirkt haben muß.

b) Das Berufungsurteil muß aus dem vorgenannten
Grunde aufgehoben werden, soweit die Klage in Höhe
von 12.807,50 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist;
ferner wegen weiterer 5.123 DM Lohnnebenkosten (40 %
von 12.807,50 DM; vgl. oben I 4 b und unten II 2).

Insoweit bedarf es weiterer tatrichterlicher Aufklärung.

2. Lohnnebenkosten:

(vgl. auch oben zu I 4 b)

Das Berufungsgericht gewährt für Lohnnebenkosten einen prozentualen Zuschlag von 40 % auf die Lohnmehrkosten, wobei es auch insoweit dem Gutachten des Sachverständigen B [REDACTED] folgt.

Die Revision der Klägerin macht geltend, das Berufungsgericht hätte einen Zuschlag von 65 % zu Grunde legen müssen, während die Beklagten mit ihrer Revision umgekehrt die Anwendung des niedrigeren Satzes von 35 % erstreben.

Das Berufungsgericht durfte jedoch ohne Rechtsfehler in dieser Frage dem Sachverständigen folgen, wie bereits oben zu I 4 b ausgeführt ist.

3. Lohnerhöhung Januar 1958 (2,6 %):

Das Berufungsgericht hat die Klage in diesem Punkt größtenteils abgewiesen, nämlich soweit der Klägerin nicht nachträglich gestattet war, die Arbeiten erst 1958 zu erbringen (vgl. oben A I vor 1 zu b).

Hierzu hat die Revision lediglich Verfahrensrügen erhoben, die der Senat geprüft, aber für unbegründet befunden hat. Sachlich-rechtliche Fehler sind nicht erkennbar.

B. Kosten der sogenannten "Zwischenfinanzierung"
(24.600,71 DM; Revision der Klägerin).

Das Berufungsgericht führt aus: Da die Klägerin vertraglich die "Zwischenfinanzierung" der 1. Hypothek übernommen habe, könnte sie Zwischenkreditzinsen hierfür nur verlangen, wenn die Beklagten zu spät gezahlt hätten. Das sei jedoch nicht der Fall. Sie hätten auch ein ihnen von der Klägerin zum Zwecke der "Zwischenfinanzierung" gewährtes Darlehen von 2.685 DM nicht verspätet zurückgezahlt.

1. Die von der Revision dagegen erhobenen Verfahrensrügen greifen ebenfalls nicht durch. Auch insoweit liegen keine sachlichrechtlichen Fehler vor.

2. Die Übernahme der "Zwischenfinanzierungskosten" durch die Klägerin hat ihren Rechtsgrund im Vertrag der Parteien. Deshalb kommt auch ein Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagten in diesem Zusammenhang nicht in Betracht.

C. Gegenansprüche der Beklagten:
(Revision der Beklagten)

I. Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung:

Die Beklagten hatten aus diesem Grunde Schadensersatz gefordert, und zwar für Mietausfall und Bereitstellungszinsen.

Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagten könnten diese Schäden schon deswegen nicht ersetzt verlangen,

weil es sich um mittelbare Schäden handele, deren Ersatz nach § 6 Ziffer 5 Abs. 2 VOB ausgeschlossen sei.

Das greift die Revision nicht an, soweit Mietausfälle in Betracht kommen. Sie meint aber, für die "Bereitstellungszinsen" und den "Verlust der Eigenkapitalverzinsung" sei das anders. Die Rüge bleibt erfolglos:

1. Der "Verlust der Eigenkapitalverzinsung" ist nichts anderes als eine andere Bezeichnung für den Mietausfall, stellt also gegenüber dem Mietausfall keinen weiteren Schaden dar.

2. Auch bei den "Bereitstellungszinsen" handelt es sich um mittelbaren Schaden. Im übrigen fehlt es an der von der Revision angegebenen Schriftsatzstelle an jeder Substantiierung, so daß das Berufungsgericht diesen Vortrag der Beklagten schon deswegen unberücksichtigt lassen durfte.

II. Mängelansprüche:

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, Mängelansprüche seien gemäß § 13 Ziff. 4 VOB (B) uneingeschränkt verjährt, da die Parteien die Geltung der VOB (B) vereinbart hätten. Die Behauptung der Beklagten, die Verjährungsfristen seien dabei ausgenommen worden, sei unter den gegebenen Umständen nicht genügend substantiiert und daher unschlüssig. Die zweijährige Verjährungsfrist habe spätestens im September 1958 zu laufen begonnen. Selbst wenn sie vor

Fristablauf durch Mängelrüge und schriftliches Beseitigungsverlangen der Beklagten einmal um 2 Jahre verlängert worden sei, so sei die Verjährung doch endgültig und ohne Rücksicht auf etwaige spätere Beseitigungsbegehren der Beklagten jedenfalls im September 1962 eingetreten, also noch vor dem Zeitpunkt, in dem die Beklagten Mängelansprüche im Prozeß geltend gemacht hätten.

a) Die Revision erhebt hierzu eine Verfahrensrüge; sie ist unbegründet.

b) Die Revision stellt ferner zur Nachprüfung, ob die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zutreffe, daß die Aufforderung zur Mängelbeseitigung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) nur einmal dazu führen könne, daß die Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB (B) vom Zugang des Aufforderungsschreibens ab von neuem laufe.

Die Auffassung des Berufungsgerichts entspricht jedoch der gefestigten Rechtsprechung des Senats (vgl. BGH NJW 1963, 810); an ihr ist festzuhalten.

2. Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) wegen Mängeln:

Das Berufungsgericht führt aus: Die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen schließe grundsätzlich nicht das Recht aus, im Wege der Einrede gegen den Werklohnanspruch Mängelansprüche geltend zu machen, da § 639 Abs. 1 BGB die für die Verjährung der Ansprüche des Käufers geltenden Vorschriften des § 477 Abs. 2 und 3 sowie der §§ 478, 479 BGB für entsprechend

anwendbar erkläre. Diese Regelung gelte grundsätzlich auch bei einem Bauvertrag nach der VOB, jedoch dann nicht, wenn sich die Gewährleistungsrechte auf den Nachbesserungsanspruch beschränkten.

Das letztere sei hier der Fall. Die Beklagten könnten nämlich von der Klägerin weder Aufwendungsersatz (§ 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B)), noch Minderung (Ziff. 6 aaO), noch Schadensersatz (Ziff. 7 aaO) fordern, weil die Voraussetzungen der genannten Bestimmungen hier nicht erfüllt seien. Allenfalls hätten sie hier Nachbesserung (§ 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B)) verlangen können.

Einen etwaigen Nachbesserungsanspruch aber könnten sie nach Eintritt der Verjährung auch nicht einredeweise geltend machen, weil insoweit die an sich in § 639 Abs. 1 BGB angeordnete entsprechende Anwendung der §§ 478, 479 BGB durch die für den Nachbesserungsanspruch in § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) getroffene abschließende Sonderregelung ausgeschlossen sei (ebenso: Hereth-Ludwig-Naschold VOB Bd. II 1954 § 13 Ez 198; Ingenstau-Korbion VOB 5. Aufl. § 13 Rz 64).

Nach § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) könne der Auftraggeber durch schriftliche Anzeige vor Ablauf der Verjährungsfrist den Nachbesserungsanspruch selbst über die Frist hinaus für äußerstenfalls zwei weitere Jahre aufrechterhalten. Dann brauche ihm aber für die Zeit danach nicht auch noch die einredeweise Geltendmachung des gegen den Vergütungsanspruch gerichteten Leistungsverweigerungsrechts zu verbleiben. Das würde dem Sinn des § 13 Ziff. 5 VOB (B) nicht entsprechen,

der im Grunde eine Besserstellung des Unternehmers bezwecke.

Beim Minderungs- und Schadensersatzanspruch gälten diese Überlegungen nicht, weil die VOB für diese Ansprüche gegenüber der Regelung nach dem BGB keine besonderen, den Auftraggeber begünstigenden Bestimmungen getroffen habe. Es liege daher kein Widerspruch darin, wenn beim Bauvertrag nach der VOB die §§ 478, 479 BGB zwar für den Minderungs- und Schadensersatzanspruch entsprechend anzuwenden seien, nicht aber für den Nachbesserungsanspruch. Auch die Urteile des Bundesgerichtshofs NJW 1959, 142 und LM Nr. 2 zu § 639 BGB stünden dieser (vom Berufungsgericht vertretenen) Auffassung nicht entgegen.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts greift die Revision der Beklagten mit Erfolg an.

Nach allgemeinem bürgerlichen Recht begründen auch verjährte Ansprüche dann ein Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 273, § 320 BGB), wenn die Verjährung noch nicht eingetreten war, als der Anspruch des Gläubigers entstand (entsprechende Anwendung des § 390 Satz 2 BGB; vgl. BGHZ 48, 116; RGZ 149, 321, 327 f).

Für das Gewährleistungsrecht von Kauf und Werkvertrag folgt das auch aus der besonderen Regelung in den §§ 639, 478 BGB. Allerdings muß dort als zusätzliche Voraussetzung noch die rechtzeitige Mängelanzeige (oder eine ihr gleichstehende Handlung) hinzukommen (§§ 639, 479, 478 BGB; vgl. RGRK BGB 11. Aufl.

§ 479 Anm. 1); daran fehlt es im vorliegenden Fall aber nicht.

Es geht hier jedoch um die - vom Berufungsgericht bejahte - Frage, ob die Verdingungsordnung für Bauleistungen in diesem Punkte eine abschließende Sonderregelung getroffen hat, welche ein Zurückgreifen auf die Regelung des BGB ausschließen würde. Die Frage ist zu verneinen.

a) Die Revision verweist auf das Urteil des Senats BGHZ 48, 108. Dort ist ausgesprochen (S. 112 ff aaO), daß § 477 Abs. 3, § 639 Abs. 1 BGB auch auf Bauverträge, die der VOB unterliegen, jedenfalls insoweit entsprechend anzuwenden sind, als es sich um die Verjährungshemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB handelt.

Um diese Rechtsfrage handelt es sich im vorliegenden Fall allerdings nicht, wie auch die Revision nicht verkennt. Jedoch zeigt das Urteil, daß der Anwendung der §§ 477 ff BGB auf Bauverträge nichts im Wege steht und nach Möglichkeit die Verträge nach BGB und VOB (B) insoweit nicht unterschiedlich behandelt werden sollen.

b) Eine solche unterschiedliche Behandlung ist auch im vorliegenden Fall aus Sachgründen nicht gerechtfertigt. Der Gedankengang des Berufungsgerichts überzeugt nicht:

aa) Die schriftliche Anzeige gemäß § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) ermöglicht, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, praktisch lediglich eine auf Parteiautonomie (§ 477 Abs. 1 Satz 2) beruhende, einmalige erleichterte Unterbrechung der zweijährigen Verjährungsfrist gemäß § 13 Ziff. 4 VOB (B) (BGH NJW 1963,

810;vgl. auch Hereth, NJW 1963, 796, 798). Der Auftraggeber ist also beim Vertrag nach VOB nicht in der Lage, sich den Nachbesserungsanspruch auf unbegrenzte Zeit zu erhalten. Er steht vielmehr, auch wenn er die Möglichkeit schriftlicher Mängelanzeige ausnutzt, bestenfalls immer noch um 1 Jahr schlechter als bei der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 638 BGB.

Es hat seinen guten Grund, daß Gesetz und VOB den Bauherrn nicht in die Lage versetzen, seinen Nachbesserungsanspruch durch Mängelanzeige zu verewigen. Die Mängelanzeige nach § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) gibt ihm zwar in gewissem Umfange die Möglichkeit, die in der VOB angeordnete erhebliche Verkürzung der Verjährungsfrist (von 5 auf 2 Jahre) in ihren Auswirkungen abzumildern. Der Unternehmer soll aber andererseits nicht auf unabsehbare Zeit dem Angriff des Bauherrn wegen Mängelansprüchen ausgesetzt sein, weil das dem Sinn der Verjährung widersprechen würde.

bb) Demgegenüber liegt der in § 639 Abs. 1 BGB angeordneten entsprechenden Anwendung des § 478 BGB ein anderer Rechtsgedanke zu Grunde. Der Bauherr, der dem Unternehmer den Mangel rechtzeitig vor Verjährung angezeigt hat, kann die Zahlung des Werklohns auch nach Verjährungseintritt bis zur Mängelbeseitigung einredeweise verweigern; er hat ein Zurückbehaltungsrecht.

Auch das hat seinen guten Sinn. Der Bauherr, der noch nicht an den Unternehmer gezahlt, aber diesem den Mangel rechtzeitig angezeigt hat, wird vielfach geneigt sein, wegen der Mängel nicht selbst Ansprüche

gegen den Unternehmer geltend zu machen, sondern abzuwarten, bis dieser Zahlung des Werklohns fordert. Es wird dem Bauherrn häufig genügen, den Anspruch des Unternehmers unter Berufung auf die früher angezeigten Mängel des Werks abzuwehren. Es besteht dann die Möglichkeit, daß sich beide Teile bei dem gegebenen Zustand beruhigen, der Bauherr auf die Mängelbeseitigung, der Unternehmer auf die Zahlung des (restlichen) Werklohns verzichtet. In solchem Fall regelt sich der Streitfall, ohne daß es der Anrufung der Gerichte bedarf. Eine solche gütliche Lösung will die gesetzliche Regelung unterstützen. Sie ermöglicht es dem Bauherrn, ein angriffsweises Vorgehen wegen der Mängel gegen den Unternehmer zu unterlassen, ohne daß er durch solches Verhalten die Befugnis verliert, die Mängel später wenigstens noch verteidigungsweise gegenüber dem Werklohnanspruch des Unternehmers einzuwenden. Die vom BGB getroffene Regelung dient somit der baldigen Wiederherstellung des Rechtsfriedens.

cc) Dieser vorstehend dargelegte Sinn und Zweck des § 478 BGB trifft ebenso für den Bauvertrag nach BGB, wie auch für den Bauvertrag nach VOB (B) zu. Ein ins Gewicht fallender Unterschied in der Interessenslage ist bei beiden Vertragsarten nicht erkennbar.

Im Gegenteil, es wäre ungereimt, dem Nachbesserungsanspruch (§ 13 Nr. 5 VOB (B)), welcher den primären und hauptsächlichen Gewährleistungsanspruch darstellt, in Bezug auf die Anwendung von §§ 639, 478 BGB eine mindere Tragweite zuzubilligen als den zusätzlichen Gewährleistungsansprüchen auf Minderung (§ 13 Nr. 6 VOB (B)) und Schadensersatz (§ 13 Nr. 7 VOB (B)). Das zeigt sich vor allem beim Schadenser-

satz, der nach der in der VOB getroffenen Regelung nicht an die Stelle der Nachbesserung, sondern neben sie tritt, wenn ein Schaden entstanden ist, zu dessen Beseitigung die Nachbesserung nicht ausreicht. Es ist nicht einzusehen, warum der Nachbesserungsanspruch als Kernstück der Gewährleistungsansprüche dem Auftraggeber nach der Verjährung keine Einrede gegen den Werklohnanspruch gewähren sollte, während die zusätzlichen Gewährleistungsansprüche auf Minderung und Schadensersatz ihm eine solche Einrede geben.

dd) Das Berufungsgericht meint, die Besserstellung des Bauherrn, welche darin liegt, daß er nach § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) die Verjährung einmal um bestenfalls 2 Jahre verlängern kann, müsse zu seinem Nachteil dadurch ausgeglichen werden, daß ihm andererseits die Wohltat des § 478 BGB zu versagen sei. Bei den Regelungen liegen jedoch, wie vorstehend ausgeführt, unterschiedliche Rechtsgedanken zu Grunde. Sie widersprechen sich daher nicht und schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen sich in sinnvoller Weise und können deswegen unbedenklich nebeneinander angewendet werden.

ee) Auch der Wortlaut des § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß die dortige Vorschrift eine spezielle, in sich abgeschlossene und daher einer entsprechenden Anwendung des § 478 BGB entgegenstehende Regelung sei.

c) Nach alledem hätte das Berufungsgericht das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen Mängeln nicht mit der von ihm gegebenen Begründung verneinen

dürfen. Es hätte vielmehr prüfen müssen, ob den Beklagten tatsächlich Nachbesserungsansprüche wegen rechtzeitig schriftlich angezeigter Mängel zustehen, die sie trotz Verjährungseintritts noch dem Klageanspruch auf Werklohn einredeweise entgegensetzen könnten. Darüber sind bisher keine Feststellungen getroffen.

d) Das Berufungsurteil muß aus diesem Grunde insoweit, jedoch nur insoweit (vgl. BGHZ 45, 287, 288 f) aufgehoben werden, als die Beklagten uneingeschränkt, d.h. ohne Rücksicht auf das von ihnen geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht, verurteilt worden sind. Da die Sache weiterer Aufklärung bedarf, ist sie in diesem Umfange an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. Dieses wird dabei noch zu klären haben, ob den Beklagten etwa auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) zusteht, weil die Klägerin nach der Behauptung der Beklagten einzelne Arbeiten nicht oder nicht vollständig ausgeführt haben soll.

D. Zinsen:

(Revision der Klägerin)

Nach ihrem Revisionsantrag verfolgt die Klägerin auch ihren in den Vorinstanzen abgewiesenen Zinsanspruch (für die Zeit vom 1. November 1959 bis 2. Januar 1962) weiter. Ihre Revisionsbegründung enthält aber darüber keine Ausführungen. Es fehlt daher an einer Revisionsbegründung zu diesem Punkt. Die Revision ist insoweit unzulässig.

E.

Nach alledem ist das Berufungsurteil - unter Zurückweisung beider Revisionen im übrigen - in dem im Urteilsspruch genannten Umfange teilweise aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz übertragen wird.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt